sicht weiter genommen werden« [31]. Noch ist auf die Ansicht des Preußischen Rechts aufmerksam zu machen, das dasselbe den Schiedseid und die nothwendigen Eide aus demselben Gesichtspuncte betrachtet, daher im Preußischen Rechte der Grundsatz: sich des Eides nach dem versuchten Gebrauche anderer Beweismittel nur dann zu bedienen, wenn durch jene anderweitigen Beweismittel gar nichts bewiesen worden, nach Preussischem Rechte nicht geradezu behauptet werden kann.

IX.

Aus welchen Peculien und unter welchen besondern Voraussetzungen kann der filius familias Schenkungen auf den Todesfall machen?

Von

Herrn Dr. Fritz, Privatdocenten in Gießen [1].

Daß der filius familias sein peculium *militare* ohne Einwilligung des Vaters mortis causa verschenken kann, ist unbestritten, und läßt sich nicht bezweifeln; indem er über dieses Vermögen bekanntlich sowohl auf den Todesfall [2] als unter Lebenden [3] gerade eben so disponiren kann, als ob er pater familias wäre.

In Rücksicht auf die peculia *pagana* gesteht man ihm

31) Ebendas. §. 283. vergleich noch §. 287 und §. 289 a. ff.

1) Ich glaube hier hinzufügen zu können, daß von demselben Verfasser, einem jungen Gelehrten, der viel verspricht, vor Kurzem eine mit vieler Gründlichkeit geschriebene Dissertation „Versuch einer historisch dogmatischen Entwickelung der Lehre von „dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern. Gießen 1822. 84. S. in 8.“ erschienen ist. Löhr.

2) pr. in f. I. quibus non est permissum fac. testam. (2, 12.)

3) c. 2. C. de castrensi peculio (12, 37.)

die Befugniß **mit Einwilligung des Vaters** mortis causa zu schenken, bis jetzt, meines Wissens, einstimmig zu; nur ist man darüber im Streit, ob er es bei dem s. g. peculium *adventitiam irregulare* **nicht auch ohne Einwilligung des Vaters** könne.

Die Gründe zur Gestattung dieser Befugniß, und zugleich die Veranlassung zu dem berührten Streit, findet man in folgenden Umständen:

Obgleich der filius familias zu keiner Zeit über das peculium paganum testiren, oder einseitige Codicillardispositionen errichten, konnte [4], so war ihm doch schon nach mehreren Stellen der Pandekten [5], also aus einer Zeit [6], wo er noch gar keine **Rechte** an demselben hatte, sondern nur eine precäre Administration, gestattet, mit Erlaubniß des Vaters Schenkungen auf den Todesfall zu machen.

---

4) pr. I. cit. vergleich mit fr. 3. 9. D. de jure codicillorum (29, 7.)

5) fr. 25. §. 1. D. de mortis causa donationibus (39, 6.) fr. 7. §. 4. 5. D. de donationibus (39, 5.)

6) Bekanntlich herrschte nämlich im ganz alten römischen Rechte bei jedem Peculium der Gesichtspunkt, der im neusten beim s. g. *profectitium* herrscht. Seitdem unter August das peculium *castrense* aufgekommen war, blieb jener Gesichtspunkt nur noch bei dem *paganum* der herrschende, aber bei jedem paganum ohne Ausnahme, bis **Constantin** für einen Fall das verordnete, was bis auf **Justinian** nach und nach auf alles von außen Erworbene (s. g. peculium *adventitium*) ausgedehnt worden ist, so daß im neuesten Justinianeischen Rechte blos noch bei dem s. g peculium *profectitium* der alte Gesichtspunkt gilt. Hieraus folgt, daß wir weder in den Pandekten, noch in Stellen des Codex, die älter sind als Constantin, Bestimmungen über das peculium adventitium zu suchen haben. Im Gegentheile können allen Stellen der Pandekten über das Peculium, die nicht vom castrense peculium reden, und allein von dem alten Peculium, also nur von dem profectitium erklärt und nur in dem Gesichtspuncte des alten Rechts aufgefaßt werden.

Was er nun konnte, als er noch gar kein Recht an dem Peculium hatte, und was er eben deswegen im neuesten Rechte bei dem sogenannten peculium *profectitium*, bei welchem noch alle Grundsätze des alten peculii pagani gelten [7]), können muß, das muß ihm, sagt man, wenigstens eben so gut bei dem s. g. peculium *adventitium* des neueren Rechts möglich seyn, welches ihm selbst gehört [8]), so daß der Vater nur in der Regel (s. g. peculium adventitium *ordinarium* s. *regulare*) der Nießbrauch und das Recht der Administration, und in mehreren Ausnahmsfällen [9]) (s. g. peculium adventitium *extraordinarium* s. *irregulare*) selbst diese Rechte nicht hat.

Auch die in jenen Pandectenstellen ausgesprochene, und durch kein Gesetz ausdrücklich aufgehobene, Nothwendigkeit der Einwilligung des Vaters findet bei dem s. g. adventitium *ordinarium* Jedermann erklärlich, indem der Vater hier wenigstens einen Theil seines ehemaligen Rechts habe. Bei dem s. g. adventitium *extraordinarium* dagegen wollen Manche, weil hier alle Rechte, welche früher der Vater hatte, sich in der Person des Sohnes vereinigen, die Einwilligung des Ersteren für eben so unnöthig erklären, als sie es bei den donationes inter vivos ist; während Andere dieselbe auch hier als Bedingung der Gültigkeit dieser ausnahmsweise gestatteten letztwilligen Verfügung ansehen zu müssen glauben, weil sie durch kein Gesetz ausdrücklich erlassen worden sey, und correctorische Gesetze strenge interpretirt werden müssen, auch selbst der Grund dieser Bedingung nicht ganz wegfalle, indem der Vater theils wegen des Nieß-

---

7) c. 6. pr. c. 8. pr. C. de bonis, quae liberis (6, 61.) §. 1. I. per quas personas cuique acquiritur (2, 9.)

8) c. 6. 8. C. cit.

9) c. 8. C. cit. Nov. 117. cap. 1. Nov. 118. cap. 2. Nov 134. cap. 11.

brauchs, den er, wenn Descendenten des Verstorbenen succediren, die in der potestas des Vaters stehen, erwirbt [10]), theils wegen der eigenen Erbportion, auf die er, im neuesten Rechte, wenn keine Descendenten des Verstorbenen succediren, Anspruch hat [11]), dabei allerdings interessirt sey [12]).

Ich glaube aber, daß, bei einer strengen Prüfung, jede donatio mortis causa des filius familias aus irgend einer Art von peculium *adventitium*, der Vater mag ihm die Erlaubniß dazu geben oder nicht, unbedingt als ungültig erscheine; aber nur schüchtern wage ich es, öffentlich meine Gründe gegen eine Meinung auszusprechen, welche bisher von den gelehrtesten und scharfsinnigsten Juristen ohne Bedenken angenommen worden ist.

Da bekanntlich in allen Fällen, für welche ein alter Rechtssatz aufgehoben ist, auch die Folgesätze desselben wegfallen müssen; so werde ich den übernommenen Beweis erbracht haben, wenn ich zeige, daß die Möglichkeit mit Einwilligung des Vaters mortis causa zu schenken aus der juristischen Natur des alten Peculiums (und folglich im Pandectenrechte des peculii pagani, und im neusten Rechte des profectitii) als nothwendig hervorgehe, mit der des s. g. peculii *adventitii* des neueren Rechts dagegen unverträglich sey.

Durch das Gesagte wird der Gang der nun zu versuchenden Untersuchung hinlänglich bezeichnet seyn.

---

10) Nov. 118. cap. 1.

11) Nov. 118. cap. 2.

12) Für das heutige Recht könnte man auch den Grund anführen daß cap. 4. VI. de sepulturis (3. 12.) (wovon unten ein Mehreres) jede letztwillige Verfügung des filius familias über irgend ein peculium paganum ohne Einwilligung des Vaters ohne Ausnahme verwirft.

Der filius familias hatte an dem alten Peculium gar keine Rechte, sondern konnte nur diejenigen Dispositionen gültig vornehmen, die ihm der Vater gestattete. In der allgemeinen Gestattung eines Peculiums liegt nun aber weiter nichts als die Erlaubniß dasselbe gehörig zu administriren. Es versteht sich daher von selbst, daß der filius familias, wenn ihm ein Peculium überlassen wurde, nicht schon *eo ipso* dasselbe unter Lebenden verschenken, oder auf irgend eine Art letztwillig darüber verfügen konnte.

Da der Vater dem Sohne, weil dieser als filius familias aller Vermögensrechte unfähig war, so lange nicht die potestas selbst aufgehoben wurde, durch kein Factum ein Recht an einem Theile dieses Vermögens, auch nur auf einen Augenblick, übertragen konnte; so waren alle Geschäfte, die er mit genereller oder specieller Einwilligung des Vaters darüber abschloß, als Geschäfte des Vaters anzusehen, die er nur durch den Sohn, der insofern als, durch seinen Willen regiertes, Glied von ihm angesehen wurde, für sich abschließen ließ.

Die Beantwortung der Frage: unter welchen titulis gratuitis der Sohn mit Einwilligung des Vaters das Peculium, oder einzelne Sachen aus demselben, Andern zuwenden könne? mußte daher nothwendig davon abhängen, ob die Eigenthümlichkeit des Geschäfts die Abschließung durch den Vater selbst zulasse oder nicht.

Die Errichtung eines Testaments nun über das eigene Vermögen des Testators oder eines Vermächtnisses aus demselben auf den Todesfall eines Dritten lauft schon dem Begriffe dieser Dispositionen zuwider. Der Vater konnte daher kein Testament und kein Vermächtniß über unser Peculium auf den Todesfall des Sohnes errichten und eben deswegen konnte es auch der Sohn nicht mit Einwilligung des Vaters.

Verschenken konnte dagegen der Vater das Peculium so gut wie andere Theile seines Vermögens. Die Unwie-

derruflichkeit einer solchen Schenkung konnte, so wie von jedem andern beliebigen Thatumstande, so auch von dem Tode des Sohns abhängig gemacht werden. Was nun der Vater allein konnte, das mußte er auch dem Sohne erlauben können für ihn zu thun. Es ließ sich mit andern Worten nichts dagegen sagen, daß der Vater, statt Demjenigen, dem der Sohn das Peculium oder einen Theil desselben nach seinem Tode gerne hätte zugewendet sehen mögen, es selbst auf diesen Fall zu schenken, dem Sohne die Erlaubniß gab dieses zu thun.

Was, nach dem Bißherigen, aus der Natur des alten peculii pagani hervor geht, und deswegen auch ohne besondere Bestimmung von ihm hätte gelten müssen, findet sich in unseren Quellen auch wirklich ausgesprochen. Oft finden sich darin die Sätze: Testiren kann der filius familias nicht über das peculium paganum, auch nicht mit Einwilligung des Vaters [13]) Schenkungen unter Lebenden kann er dagegen machen, wenn es ihm der Vater besonders erlaubt [14]), und eben so auf den Fall seines Todes [15]), so wie dies auch der Vater ohne Concurrenz des Sohnes kann [16]).

Der Gesichtspunct, aus welchem die Zuläßigkeit dieses eigenthümlichen Rechtsgeschäfts im alten Rechte floß, findet im neusten Rechte bei dem s. g. peculium *profectitium* noch statt; bei dem s. g. *adventitium* dagegen ist ein anderer an seine Stelle getreten, aus welchem sich ganz andere

13) fr. 6. pr. D. qui testamenta facere possunt (28, 1.) und viele andere Stellen.

14) fr. 7. pr. D. de donationibus (39, 5.)

15) fr. 25. §. 1. D. de mortis causa donationibus (39, 6.) fr. 7. §. 4. 5. D. de donationibus (39, 5.)

16) fr. 18. pr. D. de mortis causa donationibus et capionibus (39, 6.) und zwar wird durch dieses Geschenk eine mortis causa *capio* begründet, wie durch jedes Geschenk auf den Todesfall eines Dritten.

Folgesätze mit Nothwendigkeit ergeben. Das peculium adventitium steht im Eigenthume des Sohnes. Unter Lebenden hat zwar der pater familias als solcher in der Regel einige Rechte daran, allein im Falle des Todes des Sohnes behält er nicht das Ganze jure peculii, sondern nur zuweilen die bisher gehabten Rechte [17]. Das Vermögen selbst wird nach gesetzlichen Bestimmungen [18] vererbt, und dem Sohne ist verboten [19] es den gesetzlichen Erben durch Er-

---

17) Nämlich wenn Descendenten des Verstorbenen succediren. Nov. 118. cap. 1.

18) Diese waren von der Nov. 118. von denen über die Intestatsuccession in das Vermögen eines homo sui juris verschieden. V. Löhr von der Succession in das Peculium im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung B. 4. (2) H. 1. N. VII) Seit dieser Novelle besteht aber kein Unterschied mehr.

19) Von diesem, zwar in Rücksicht auf das peculium adventitium *extraordinarium* von Manchen bestrittenen, aber in c. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis (6, 61.) c. penult. C. qui testamenta facere poss. (6, 22.) und pr. I. quibus non est permissum facere testam. (2, 12.) gewiß deutlich ausgesprochenen Satz, soll Nov. 117. cap. 1. eine Ausnahme anführen. Allein da diese Stelle (worauf schon Janus a Costa in pr. I. cit. aufmerksam macht) nur ein unbedingtes διοικεῖν (nicht διατίθεσθαι) gestattet, was im Lateinischen nicht mit *disponere*, sondern mit *administrare* hätte übersetzt werden sollen, da ferner dieses διοικεῖν nur dem großjährigen filius familias ohne Concurrenz eines Vormundes gestattet, während doch nun eine gültige letzte Willensordnung errichten zu können, bekanntlich nur Mündigkeit erfordert wird, und dem neueren römischen Rechte eine Concurrenz des Vormunds bei letztwilligen Verfügungen ganz fremd ist, so sind wir wohl nicht berechtigt, diese Stelle von letztwilligen Verfügungen zu erklären, und die Errichtung derselben, gegen einen, in dem römischen Rechte so tief eingewurzelten, Grundsatz, dem filius familias in einem Falle zuzugestehen, in welchem er nicht als pater-familias angesehen wird.

richtung eines Testaments ganz, oder durch Errichtung eines Codicills theilweise, zu entziehen.

Was nun von andern Codicillardispositionen gilt, muß, wenn nicht besondere Gründe entgegen stehen, auch von donationes mortis causa gelten, indem auf diese im Zweifel die von jenen geltenden Grundsätze Anwendung leiden [20].

Die Einwilligung des Vaters, auf welcher bei dem alten peculium paganum (und folglich im neusten Rechte bei dem profectitium) die ganze Kraft der donatio mortis causa beruhte, kann hier durchaus keine Bedeutung haben; denn ist der Intestaterbe, dem durch dieselbe etwas entzogen würde, ein Dritter, so wäre diese Einwilligung ein pactum de jure testii, und folglich dem römischen Rechte zuwider, und ist er der Vater selbst, so enthielte sie einen theilweisen Erbverzicht, den das römische Recht, wie alle Erbverträge, ebenfalls verwirft.

Sollte es mir gelungen seyn, durch das Bisherige zu beweisen, daß dem filius familias nach der rechtlichen Natur des alten peculii pagani möglich seyn mußte, diese Möglichkeit aber den durch neuere Gesetze über einen Theil des peculii pagani, das s. g. peculium *adventitium*, aufgestellten Grundsätzen widerspricht, so würde hieraus ohne Zweifel folgen, daß jene Gesetze die donatio mortis causa aus dem peculium *adventitium* implicite für unzuläßig erklären.

Hiernach könnte denn im neusten römischen Rechte der filius familias aus dem peculium *militare* Schenkungen auf den Todesfall ohne Einwilligung des Vaters gültig errichten, aus dem peculium *profectitium* nur mit

---

20) fr. 15. 17. 37. D. de mortis causa donationib. (39, 6.) fr. 2. D. de Public. in rem act. (6, 2.) fr. 87. D. de legatis VII. (32.) c. ult. C. de donationib. causa mortis (8, 57.) §. 1. I. de donationib. (2, 7.) Nov. 87. in praef.

Einwilligung des Vaters und aus dem *adventitium* gar nicht.

Wenn aber auch dies die Vorschrift des neusten römischen Rechts ist, so scheint doch eine Stelle des canonischen Rechts [21]) auf den ersten Anblick, nicht nur eine donatio mortis causa, sondern jede Art von letztwilligen Verfügungen des filius familias über irgend eine Art von peculium paganum mit Einwilligung des Vaters, wenigstens wenn der Bedachte eine milde Stiftung ist, für möglich zu erklären. Hier sagt nämlich der Pabst:

Quamvis autem filius familias absque patris assensu sibi possit libere eligere sepulturam; pro anima tamen sua praeter ipsius assensum (nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat) aliquid judicare non potest.

Allein bei der Interpretation dieser Stelle muß man bedenken, daß sie ein päbstlicher Decretalbrief auf eine Anfrage in einem einzelnen Falle ist, und daß folglich bei ihr so wenig, als bei einem, im Justinianischen Codex enthaltenen, kaiserlichen Rescripte, die Absicht zu vermuthen ist etwas dem bestehenden Rechte zuwider laufendes auszusprechen. Es läßt sich nun nicht anders denken, als daß unsre Decretale auf folgende Weise veranlaßt worden ist:

Ein filius familias hatte, ohne Einwilligung seines Vaters, sich eine Grabstätte gewählt, und eine letztwillige

---

21) cap. 4. in f. VI. de sepulturis (3, 12.) Daß diese Stelle nicht, wie Viele annehmen, dem filius familias die Errichtung einer jeden Art von letzwilligen Verfügungen zum Vortheil milder Stiftungen mit Einwilligung des Vaters gestatte, soll nach Thibaut (System des Pandecten-Rechts §. 707. n. f.) gezeigt worden seyn in einer Abhandlung von Kleinschrod de jure filii familias disponendi de peculiis. Wirceb. 1804. (nach einer andern Stelle 1784). Dieser Schrift konnte ich aber nicht habhaft werden und daher kann ich nicht angeben, inwiefern die Kleinschrodische Erklärung dieser Stelle mit der hier zu gebenden übereinstimmt, oder von ihr abweicht.

Verfügung irgend einer Art über irgend eine Art von Peculium, (vielleicht gerade eine donatio mortis causa aus dem peculium profectitium) zum Vortheile einer milden Stiftung, gemacht. Dies veranlaßte die Anfrage bei dem Pabste: ob die Wahl einer Grabstätte, oder eine letztwillige Verfügung, von Seiten des filius familias, ohne Einwilligung des Vaters, gültig sey, oder nicht?

Auf den letzten Theil dieser Frage, der uns hier allein angeht, konnte der Pabst, dem bestehenden Rechte gemäß, nicht anders antworten als: „Nein! es müßte denn der filius „familias ein peculium *militare* haben, in Rücksicht auf „welches er als pater familias angesehen wird."

Und weiter sagt auch unsere Stelle nichts. Ob und in wie fern der filius familias mit Einwilligung des Vaters über die peculia pagana letztwillig verfügen könne. Darüber war der Pabst nicht gefragt worden, weil die Entscheidung des einzelnen Falles nicht davon abhing und daher hatte er auch keine Ursache auch hierüber Auskunft zu geben. Selbst wenn wir, wozu aber nicht einmal ein Grund vorhanden ist, annehmen wollten, der Pabst hätte darauf aufmerksam machen wollen, daß die vorliegende Verfügung gültig wäre, wenn sie consentiente parente gemacht worden wäre, so würde uns nichts hindern anzunehmen, daß diese Verfügung eine donatio mortis causa aus einem peculium profectitium gewesen, von welcher dies das römische Recht allerdings sagt.